
Datum: 13.02.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 1/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0213.21U1.06.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 18 O 299/05

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 17. November 2005 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Berufung werden den Klägern auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Kläger können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen. Unter Berücksichtigung des weiteren Vorbringens der Parteien stellt sich der Sachverhalt wie folgt dar: 3

Die Kläger erwarben gemäß Vertrag vom 01.07.1996 (K 1) von der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der S Energie Aktiengesellschaft, für 583,106,- DM die noch fertig zu stellende Eigentumswohnung Nr. A 10, E2 in der Wohnungseigentumsanlage E-Straße-88 in G1. Nach der in Bezug genommenen Baubeschreibung (K 15) sollte die Fassade einen mineralischen Kratzputz auf einem Wärmedämm-Verbundsystem erhalten. Hinsichtlich der Schalldämmung wurde auf die DIN 4109 verwiesen. Nach § 3 Nr. 5 des Vertrages (K 1, S. 6) und nach Seite 51 der Baubeschreibung sollte die Rechtsvorgängerin der Beklagten unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt sein, von der Baubeschreibung abzuweichen. 4

Die Kläger nahmen das Sonder- und Gemeinschaftseigentum im Jahre 1997 ab. 5

Nach Übergabe der Wohnungen rügten die Eigentümer u.a. Mängel des Tritt- und Körperschallschutzes sowie des Fassadenputzes, der abweichend von der Baubeschreibung als Kunstharz-Silikonputz ausgeführt worden war. Sie ließen durch den Sachverständigen Dr. E2 ein Gutachten erstellen. Im Anschluss an zahlreiche Begehungen schlossen die Eigentümer, vertreten durch ihren damaligen Verwalter Hartmann, und die Beklagte am 17./19.12.2001 eine Vereinbarung (K 2), nach der das Gutachtenbüro Prof. Dr.-Ing. H & Richard H in S zur Klärung der noch streitigen Mängel ein Gutachten erstellen sollte. Weiter hieß es: 6

III. 12. 7

..... 8

Die Parteien unterwerfen sich bereits jetzt unwiderruflich dem Ergebnis des Gutachtens des beauftragten Sachverständigen. 9

..... 10

IV. 15. 11

Die Parteien sind sich darüber einig, dass die der Wohnungseigentümergeinschaft zustehenden Nachbesserungsansprüche derzeit mit Ablauf des 2001-12-31 verjähren. 12

Hinsichtlich der von der Vertragsschließenden zu 1) nicht anerkannten Mängel einigen sich die Parteien dahingehend, dass die Verjährungsfrist über den 2001-12-31 hinaus bis zum Zeitpunkt der vollständigen Durchführung und Abwicklung dieser Vereinbarung verlängert wird. 13

Im Auftrag der Vertragsschließenden erstellte Prof. Dr.-Ing. H am 20.11.2002 ein Schiedsgutachten (K 3). Auf Seiten 40 ff. kam er zu dem Ergebnis, die Aufbringung des Putzes als solche sei nicht fehlerhaft, es handele sich jedoch nicht um die bestellte Putzart. Auf Seiten 44 f. stellte er auf der Grundlage durchgeführter Schallmessungen fest, die Anforderungen der DIN 4109 seien an mehreren Stellen nicht erfüllt. Nachdem sich im Auftrag des Verwalters I auch der Sachverständige L am 23.09.2003 und der TÜV Süddeutschland am 09.10.2003 (Anlage 2 zum Schriftsatz vom 11.05.2006, Bl. 213 ff. GA) mit dem Schallschutz auseinandergesetzt hatten, beurteilte der Sachverständige Prof. Dr.- 14

Ing. H weitere von den Eigentümern angeführte Schallschutzmängel in einem Gutachten vom 28.01.2004 (B 5). In einem dritten Gutachten vom 14.07.2004 (K 3) zog er auf Seite 128 "aufgrund des hohen Wohnstandards in den einzelnen Gebäuden" den erhöhten Schallschutz gemäß Beiblatt 2 der DIN 4109 (89) als Bewertungsgrundlage heran und beurteilte hiernach auf Seiten 128 – 133 die Schalldämmung bestimmter Räume und Bauteile.

In einem Schreiben vom 14.09.2004 (K 5) begründete er noch einmal, warum der erhöhte Schallschutz nach Beiblatt 2 zur DIN 4109 (89) geschuldet sei. Dem trat die Beklagte mit Schreiben vom 15.03.2005 (Anlage B 6) entgegen, erkläre sich aber gleichzeitig zur Mängelbeseitigung auf der Grundlage der Normalanforderungen der DIN 4109 bereit. Nach weiterem Schriftverkehr bot die Beklagte schließlich an, die Treppenhäuser gemäß Beiblatt 2 zur DIN 4109 und alle anderen im Schiedsgutachten bemängelten Bauteile nach den Mindestanforderungen der DIN 4109 zu sanieren (siehe Schreiben vom 23.06.2005, Anlage B 7; Schreiben der D AG vom 07.02.2005, Anlage 3 zum Schriftsatz vom 11.05.2006, Bl. 217 ff. GA). Eine Einigung kam jedoch zunächst nicht zustande. 15

Nachdem dem Verwalter I bereits in einer Eigentümerversammlung vom 30.05.2001 (Protokoll Anlage 1 zum Schriftsatz vom 11.05.2006, Bl. 210 ff. GA) eine Prozessvollmacht ausgesprochen worden war und der Verwaltungsbeirat ihm am 30.06.2001 eine Vollmachtsurkunde (Bl. 213 GA) erteilt hatte, wurde die Vollmacht gemäß Seiten 6 f. des Protokolls zur Eigentümerversammlung vom 16.04.2003 (Bl. 214 ff. GA) ergänzt. 16

Gemäß Klageschrift vom 03.12.2003 nahm der Verwalter I als Prozessstandschafter der Eigentümer die Beklagte beim Landgericht Essen (Aktenz. 18 O 558/03; Beiakte I) auf Zahlung eines Vorschusses von 170.500 € nebst Zinsen für den Austausch des Fassadenputzes in Anspruch. Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, hat der Senat im Berufungsverfahren 21 U 94/04 den Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. H vernommen und der Klage mit am 10.02.2005 verkündetem Urteil (K 6) abändernd bis auf eine Zinsmehrforderung aus § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB (a.F.) stattgegeben, weil die Aufbringung eines Kunstharzputzes statt des in der Baubeschreibung vorgesehenen mineralischen Kratzputzes einen Mangel darstelle, der im Vertrag vorgesehene Änderungsvorbehalt wegen Verstoßes gegen § 10 Nr. 4 AGBG unwirksam und die Nachbesserung nicht unverhältnismäßig sei. Der Senat hat dabei einen im Anschluss an die mündliche Verhandlung nachgereichten Schriftsatz vom 28.01.2005 nicht mehr berücksichtigt, in dem die Beklagte ergänzende Ausführungen zur ihrer Meinung nach bestehenden Zulässigkeit der ausgeführten Putzart gemacht hatte. Die Beklagte legte mit Schriftsatz vom 17.03.2005 beim Bundesgerichtshof Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision ein, die sie mit Schriftsatz vom 22.08.2005 zurücknahm, nachdem der BGH in anderer Sache mit Urteil vom 23.06.2005 eine ähnlich formulierte Änderungsbefugnis wegen Verstoßes gegen das AGB-Gesetz ebenfalls für unwirksam gehalten hatte. Die Beklagte zahlte den Vorschuss einschließlich Zinsen gemäß Zahlungsanweisung vom 25.08.2005. 17

Zwischenzeitlich hatten die Kläger mit Schreiben vom 04.03.2005 (K 7) die Beklagte unter Bezugnahme auf die Gutachten des Prof. Dr. H und das Senatsurteil unter Fristsetzung zunächst bis zum 30.04.2005 mit Ablehnungsandrohung zur Beseitigung von Schallschutzmängeln und zum Austausch des Putzes aufgefordert. Für den Fall fruchtlosen Fristablaufes kündigten sie die Rückabwicklung des Vertrages vom 01.07.1996 an. Die Beklagte hatte mit Schreiben vom 24.05.2005 (K 8) unter Hinweis auf die anhängige Nichtzulassungsbeschwerde und ein auf der Basis der DIN 4109 vorgelegtes Sanierungskonzept zum Schallschutz eingewandt, die gesetzte Frist sei nicht umsetzbar, da Maßnahmen nur einheitlich ausführbar seien. 18

Mit Schreiben vom 11.05.2005 (Bl. 309 f GA) lehnten die Kläger eine Mängelbeseitigung ab und verlangten stattdessen Rückabwicklung ihres Erwerbsvertrages.	19
Mit Klageschrift vom 23.08.2005 verklagte der Verwalter I der Wohnungseigentümergeinschaft die Beklagte beim Landgericht Essen unter dem Aktenzeichen 18 O 293/05 als Prozessstandschafter der Eigentümer auf Zahlung eines Vorschusses von 949.000 € nebst Zinsen zur Beseitigung der behaupteten Schallschutzmängel. Nach vorausgegangenen Verhandlungen und der Vorstellung eines Sanierungskonzeptes durch die D AG am 14.12.2005 machte ihm die Beklagte zur Beilegung der Streitigkeit mit Schreiben vom 09.01.2006 (B 77, Bl. 244 GA) einen auf den 11.01.2006 datierten Vergleichsvorschlag (Anlage B 78, Bl. 246 ff GA), den die Wohnungseigentümergeinschaft in einer außerordentlichen Mitgliederversammlung am 11.01.2006 mit einer Mehrheit von 50,41% - u. a. gegen die Stimmen der Kläger - annahm. Die Beklagte stimmte trotz der zunächst nur knappen Mehrheit mit Schreiben vom 31.01.2006 zu und verpflichtete sich wegen der gerügten Schallschutzmängel zu Sanierungsmaßnahmen und Abgeltungszahlungen.	20
Inzwischen sind dem Vergleich die Eigentümer weiterer Wohnungen beigetreten.	21
Mit ihrer am 30.06.2005 eingereichten und der Beklagten am 25.07.2005 zugestellten Klage haben die Kläger die Beklagte im Wege des großen Schadensersatzanspruchs wegen des mangelhaften Putzes und hilfsweise des unzureichenden Schallschutzes auf Rückabwicklung des Wohnungskaufvertrages in Anspruch genommen.	22
Sie haben gemeint, ihnen stehe ein solcher Anspruch unabhängig davon zu, dass der Verwalter für die Wohnungseigentümergeinschaft Vorschuss geltend gemacht habe. Der Verwalter sei niemals bevollmächtigt worden, wegen Mängeln am Sondereigentum tätig zu werden. Im Übrigen sei es einem einzelnen Eigentümer unbenommen, Rechte auch aus Mängeln des Gemeinschaftseigentums herzuleiten.	23
Wie der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. H für die Parteien rechtsverbindlich festgestellt habe, entspreche der Schallschutz noch nicht einmal den Mindestanforderungen der DIN 4109 und erst recht nicht dem ihrer Ansicht nach geschuldeten erhöhten Schallschutz nach dem Beiblatt 2 zur DIN 4109. Der Mangel belaste auch ihr Sondereigentum. Die auf Seite 132 des Gutachtens ausgewiesenen Trittschallmessungen zeigten Schallmängel im Bereich der Spindeltreppe in der Wohnung der Kläger.	24
Ein weiterer Mangel bestehe darin, dass die Beklagte die Fassade nicht mit dem geschuldeten mineralischen Kratzputz, sondern unzulässigerweise mit einem, wie der Senat im Berufungsverfahren 21 U 94/04 bereits festgestellt habe, deutlich weniger haltbaren Kunstharz-Silikonputz habe ausführen lassen.	25
Die Kläger haben ihre Schadensersatzforderung unter Vorlage zahlreicher Unterlagen auf insgesamt 542.942,83 € beziffert.	26
Sie haben beantragt,	27
1)	28
die Beklagte zu verurteilen, an sie als Gesamtgläubiger 542.954,83 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.05.2005 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückübereignung der im Wohnungsgrundbuch des Amtsgerichts Essen	29

Blatt 8357 eingetragenen Eigentumswohnung, bestehend aus 165/10.000 Miteigentumsanteil am Flurstück X (vereinigte frühere Flurstücke X, 258, 259, 260, 278, 332, 336, 337, 404, 342, 343) der Flur X der G1, E-Straße, 80, 82, 84, 86, 88 und Gebäude- und Freifläche E-Straße, 80, 82, 84, 86, 88, zur Größe von 7.142 m² verbunden mit dem Sondereigentum A 10 des Aufteilungsplans im Hause A, E2,

2)

30

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihnen sämtliche weitere Schäden zu ersetzen, die daraus resultieren, dass die Beklagte die ihr obliegenden Leistungen an dem Objekt zum Teil mangelhaft erbracht hat und der Wohnungserwerb deshalb im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs rückabgewickelt werden muss.

Die Beklagte hat beantragt,

32

die Klage abzuweisen.

33

Sie hat gemeint, die Kläger könnten Gewährleistungsansprüche nicht eigenständig verfolgen. Dies widerspreche der Beschlusslage und dem abgestimmten Vorgehen der Eigentümergeinschaft hinsichtlich der in Rede stehenden gemeinschaftsbezogenen Forderungen. Das gelte auch für die angeblichen Schallbeeinträchtigungen, die von fremden Sondereigentumseinheiten auf die Wohnung der Kläger wirkten. Jedenfalls ließen sich die Mängel insoweit nicht trennen, so dass ein Verwalter nach der Rechtssprechung des BGH insoweit wirksam auch mit der Durchsetzung der Rechte einzelner Eigentümer betraut werden könne.

34

Aus der Aufbringung einer von der Baubeschreibung abweichenden Putzart könnten keine Rechte hergeleitet werden. Wie sie in dem im Berufungsverfahren 21 U 94/04 OLG Hamm nachgereichten, nicht mehr berücksichtigten Schriftsatz vom 28.01.2005 (Anlage B 31) bereits ausgeführt habe, sei der aufgebrachte Putz bei einem Wärmedämmverbundsystem der hier ausgeschriebenen Art besser geeignet und höherwertiger als ein mineralischer Kratzputz. Ein Austausch des Putzes oder die zusätzliche Aufbringung einer weiteren Putzschicht sei, wie schon der Anhörung des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. H im Senatstermin vom 30.11.2004 (21 U 94/04) zu entnehmen sei, geradezu unsinnig und damit unverhältnismäßig. Zudem könnten den Klägern keine Rechte mehr zustehen, nachdem sie, die Beklagte, den von der Eigentümergeinschaft geforderten Vorschuss gezahlt habe.

35

Hinsichtlich des Schallschutzes seien die normalen Anforderungen nach der DIN 4109 zugrunde zu legen. Eine Maßgeblichkeit der Anforderungen nach Beiblatt 2 habe der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. H nicht festlegen wollen. Hierfür hätte ihm nach dem erteilten Auftrag auch die Kompetenz gefehlt. Er sei im Gutachten vom 20.11.2002, dem einzigen – gemeinsam beauftragten – Schiedsgutachten, selbst von den Mindestanforderungen ausgegangen. Soweit eine Unterschreitung der Normwerte der DIN 4109 festgestellt worden sei, habe sie eine Mängelbeseitigung angeboten, die die Eigentümer jedoch nicht akzeptiert hätten.

36

Zudem verhielten sich die Kläger treuwidrig, weil sie sich mit ihrer Kaufentscheidung in einem Schreiben vom 29.12.1998 (Anlage B 34 b) ausdrücklich zufrieden erklärt und das Objekt acht Jahre genutzt hätten. Eigentlicher Beweggrund für den Wunsch nach einer Rückabwicklung sei offenbar, dass die Kläger aufgrund eines Wechsels ihrer Arbeitsplätze umziehen wollten.

37

38

Schließlich hat die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben.

Mit am 17.11.2005 verkündetem Grundurteil, wegen dessen näheren Inhalts auf Bl. 132 ff. GA verwiesen wird, hat die Kammer den Klageantrag zu 1) dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt mit der Maßgabe, dass die Rückübereignung lastenfrei zu erfolgen habe, und dem Feststellungsantrag stattgegeben. 39

Den Klägern stehe der auf großen Schadensersatz gerichtete Zahlungsantrag nach § 635 BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung dem Grunde nach zu. Auf Grund des Senatsurteils vom 10.02.2005 (21 U 94/04) stehe bindend fest, dass der Putz mangelhaft und der Änderungsvorbehalt unwirksam sei. Der Geltendmachung des Anspruchs auf Rückabwicklung des Erwerbsvertrages im Wege des großen Schadensersatzes stünde nicht entgegen, dass die Wohnungseigentümergeinschaft den Beschluss gefasst habe, durch den Verwalter einen Vorschussanspruch nach § 633 Abs. 2 BGB a. F. geltend zu machen. Denn der Anspruch auf großen Schadensersatz berühre das Gemeinschaftseigentum nicht. Er sei nach der Vereinbarung vom 17./19.2001 auch nicht verjährt. Der Vortrag der Beklagten zur Treuwidrigkeit sei teils fern liegend, teilweise beruhe er auf Vermutungen. 40

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter. Sie meint, das Landgericht habe in der angefochtenen Entscheidung den Sachverhalt nicht ausgeschöpft, weil es sich zu Unrecht an das Senatsurteil vom 10.02.2005 gebunden gesehen habe. Die Verwendung einer von der Baubeschreibung abweichenden Fassadenputzart habe sie nach der vereinbarten Änderungsklausel, deren Wirksamkeit erst im Berufungsverfahren 21 U 94/04 problematisiert worden sei, für zulässig halten dürfen. Hinsichtlich des Schallschutzes habe der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. H alle gerügten Fehler mit dem Schiedsgutachten vom 20.11.2002 abschließend bewertet. Mit ihren späteren Gutachtenaufträgen habe sich die Eigentümergeinschaft außerhalb der Schiedsgutachtervereinbarung bewegt. Ihr, der Beklagten, Standpunkt, der Normalmaßstab nach DIN 4109 (89) sei maßgeblich, sei richtig, zumindest aber vertretbar. Dieser Maßstab entspreche bereits dem erhöhten Schallschutz einer Vorgängerfassung der DIN 4109, was der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. H und der TÜV Süddeutschland übersehen hätten. Da sie die geschuldete Nachbesserung entsprechend den Normalanforderungen der DIN 4109 angeboten habe, habe sie sich vertragsgerecht verhalten. 41

Sie ist weiterhin der Auffassung, die Kläger hätten sich mit ihrem Nachbesserungsbegehren unzulässig in Widerspruch zu dem auf Vorschuss gerichteten Gemeinschaftsbegehren gesetzt und damit schützenswerte Interessen der Wohnungseigentümer und der Beklagten verletzt. Die Eigentümergeinschaft, die sich für eine Selbstvornahme entschieden habe und dem Bauträger das Recht zur Nachbesserung durch erfolglose Fristsetzung entzogen habe, brauche eine durch einen einzelnen Eigentümer gewünschte Nachbesserung durch den Bauträger nicht zu dulden. 42

Der Feststellungsantrag sei nicht hinreichend bestimmt. 43

Die Beklagte beantragt, 44

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 45

Die Kläger beantragen, 46

die Berufung zurückzuweisen. 47

Die Kläger verteidigen das angefochtene Urteil. Die Beklagte habe trotz ihrer Aufforderung zur Mängelbeseitigung weder den Mangel am Putz noch am Schallschutz innerhalb der von ihnen gesetzten Frist beseitigt. Trotz des Vorschussbegehrens des Verwalters hätten sie diese Frist wirksam setzen können. Im Übrigen aber sei die Beklagte auch unter dem Gesichtspunkt der Erfüllungsverweigerung zum Schadensersatz verpflichtet, weil sie die Mängel nach Vorlage des Schiedsgutachtens im Jahre 2002 nicht beseitigt und noch unter dem 15.03.2005 die Verbindlichkeit des Gutachtens geleugnet habe.	48
Sie meinen weiterhin, sowohl die von der Baubeschreibung abweichende Putzart als auch die Schallschutzmängel berechtigten zur Rückabwicklung ihres Erwerbsvertrages. Dass ein über die Mindestanforderungen der DIN 4109 hinausgehender Schallschutz geschuldet gewesen sei, ergebe sich auch schon aus der Baugenehmigung der Stadt G1 vom 16.08.1995, die den Prüfbericht des Prüf-Ingenieurs Q und die "Schalltechnische Bearbeitung" des Dipl. E in Bezug genommen habe. Eine erhebliche Überschreitung des zulässigen Trittschallwertes in ihrer Wohnung werde zudem auch in dem von ihnen nunmehr eingeholten Gutachten des TÜV Süd vom 26.09.2006 belegt.	49
Der Senat hat die Sachverständigen Dipl.-Ing. X und Prof. Dr.-Ing. H vernommen. Wegen des Inhaltes und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll und den Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 13.02.2007 verwiesen. Die Akten 18 O 558/03 und 18 O 346/05 LG Essen haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.	50
II.	51
Die Berufung der Beklagten ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.	52
Die Feststellungsklage ist zwar zulässig, da hinreichend bestimmt. Allerdings hat das Landgericht den Rückabwicklungsanspruch zu Unrecht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und daher auch der Feststellungsklage zu Unrecht stattgegeben.	53
Den Klägern steht ein Anspruch auf Rückabwicklung des Wohnungseigentumserwerbsvertrages vom 01.07.1996 im Wege des großen Schadensersatzes nicht zu.	54
1.	55
Der Feststellungsantrag ist hinreichend bestimmt, nachdem die Kläger im Senatstermin vom 13.06.2006 klargestellt haben, dass er sich auf die Aufwendungen beziehen soll, deren Ausgleich sie bei einer Rückabwicklung des Erwerbsvertrages als Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen könnten.	56
2.	57
Der Feststellungsantrag ist jedoch ebenso wie der Zahlungsantrag unbegründet.	58
Den Klägern steht kein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB in der vor dem 01.01.2002 geltenden Fassung zu. Diese Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches ist gemäß Art. 229 § 5 EGBGB maßgeblich, da der Erwerbsvertrag vor dem 01.01.2002 geschlossen worden ist.	59
Die geforderte Rückabwicklung des Vertrages kann weder darauf gestützt werden, dass die Beklagte den Fassadenputz mit einem von der Baubeschreibung abweichenden Material ausgeführt hat, noch darauf, dass der Schallschutz nicht den vereinbarten Anforderungen	60

entspricht.

Allerdings ist die von den Klägern erworbene Eigentumswohnung unter beiden Aspekten als mangelhaft i.S.v. § 635 BGB anzusehen. Der ausgeführte Kunstharz-Silikonputz gilt – wie die beiden Sachverständigen im Senatstermin überzeugend ausgeführt haben – unabhängig davon, dass er den funktionalen Anforderungen im Prinzip genauso gerecht wird wie der geschuldete mineralische Kratzputz, als weniger wertvoll. Der der Beklagten im Vertrag eingeräumte Änderungsvorbehalt rechtfertigte die Abweichung nicht, weil eine derartige Klausel, wie der Senat bereits in seinem zum Rechtsstreit 21 U 94/04 am 10.02.2005 ergangenen Urteil dargelegt hat, wegen Verstoßes gegen §§ 9, 10 Nr. 4 AGBG unwirksam ist. Hieran hält der Senat auch nach erneuter Überprüfung fest, zumal inzwischen auch der BGH eine ähnliche Änderungsklausel für nichtig gehalten hat (NJW 2005, 3420). 61

Auch der geschuldete Schallschutz ist unabhängig davon, ob die Mindestanforderungen nach der DIN 4109 (89) oder die besondere Anforderungen nach Beiblatt 2 geschuldet sind, nicht erreicht, weil noch nicht einmal die Mindestanforderungen erfüllt sind. 62

Der im Wege des sog. großen Schadensersatzes geltend gemachte Rückabwicklungsanspruch scheitert jedoch daran, dass die sonstigen Voraussetzungen des § 635 BGB nicht erfüllt sind. 63

a) 64

Soweit es um den Fassadenputz geht, konnten die Kläger von der Beklagten keine Nachbesserung in Form der Aufbringung eines mineralischen Kratzputzes verlangen. Ohne ein solches Nachbesserungsverlangen unter Fristsetzung verbunden mit der Erklärung, die Leistung nach Ablauf der Frist abzulehnen, kann gemäß § 634 Abs. 1 BGB grundsätzlich kein Schadensersatz nach § 635 BGB begehrt werden. 65

aa) 66

Es bestehen bereits Bedenken, ob die Kläger die Beklagten mit Schreiben vom 04.03.2005 unter Fristsetzung zunächst bis zum 30.04.2005 mit Ablehnungsandrohung zur Nachbesserung wirksam im Sinne des § 634 Abs. 1 BGB auffordern konnten, weil der Verwalter zu diesem Zeitpunkt bereits das Vorschussbegehren der Wohnungseigentümergeinschaft anhängig gemacht und bereits ein stattgebendes Urteil des Senates erstritten hatte. 67

Grundsätzlich kann der einzelne Erwerber zwar selbständig die gesetzlichen Voraussetzungen für seine Rechte schaffen und seinem Vertragspartner deshalb auch eine Frist mit Ablehnungsandrohung zur Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum als Voraussetzung für einen großen Schadensersatz setzen. Das gilt aber nicht, wenn durch sein Vorgehen schützenswerte Interessen der Wohnungseigentümer oder des Veräußerers beeinträchtigt werden (BGH BauR 2006, 979 = NJW 2006, 2254, 2256). Eine derartige Beeinträchtigung der Interessen der Wohnungseigentümer liegt allerdings dann noch nicht ohne weiteres vor, wenn die Eigentümergeinschaft bereits beschlossen hat, einen Mangelbeseitigungsvorschuss zu verlangen, der Vorschuss jedoch noch nicht bezahlt ist. Derjenige Erwerber, der selbständig die Mangelbeseitigung gegen den Veräußerer verfolgt, handelt grundsätzlich selbst nach einem Entschluss der Gemeinschaft, Vorschuss zu verlangen, noch in ihrem wohlverstandenen Interesse, weil mit der zu bewirkenden Mangelbeseitigung die mit einer Selbstvornahme verbundenen Komplikationen hinfällig werden und eine schon erhobene Klage für erledigt erklärt werden kann (BGH BauR 2006, 68

1747, 1749 f.). Auch für den hiesigen Fall kann davon ausgegangen werden, dass die Gemeinschaft mit der EntschlieÙung zur Vorschussverfolgung die Geltendmachung des Nachbesserungsanspruches nicht mit Wirkung des Ausschlusses des entsprechenden Rechtes der einzelnen Erwerber an sich ziehen wollte. Dies wäre rechtlich auch kaum möglich ("erhebliche Bedenken" auch bei BGH BauR 2006, 1747, 1749).

Auch schützenswerte Interessen des VeräuÙerers werden durch die Nachbesserungsaufforderung eines einzelnen Erwerbers grundsätzlich jedenfalls nicht beeinträchtigt, solange er nicht dem Vorschussbegehren der Gemeinschaft nachgekommen und den Vorschuss ausgezahlt hat. Denn der VeräuÙerer kann sich mit der von dem einzelnen Erwerber geforderten Nachbesserung insgesamt von seinen Gewährleistungspflichten und damit auch von dem von der Gemeinschaft geforderten Vorschussbegehren befreien, wenn die Gemeinschaft die Entgegennahme der Nachbesserung noch geduldet hätte.

69

Rechte der Gemeinschaft werden aber beeinträchtigt, wenn sie wegen wohlverstandener Interessen eine Nachbesserung durch den VeräuÙerer nicht mehr zulassen will. Daher wären die Kläger nicht mehr imstande gewesen, die Beklagten zur Nachbesserung aufzufordern, wenn mit Erhebung der Vorschussklage und nach Erlass der stattgebenden Entscheidung des Senates die Wohnungseigentümergeinschaft nicht mehr bereit gewesen wäre, Arbeiten am Gemeinschaftseigentum, hier der Fassade, zuzulassen. In diesem Fall wäre es der Beklagten unmöglich gewesen, der Aufforderung der Kläger nachzukommen, und die entsprechende Aufforderung hätte keine Wirkung mehr entfalten können.

70

Ob eine solche berechnigte Verweigerungshaltung der Wohnungseigentümergeinschaft im März 2005 vorgelegen hat, ist zwischen den Parteien allerdings streitig.

71

Die Frage kann jedoch letztlich dahin stehen.

72

bb)

73

Denn selbst wenn man davon ausginge, die Kläger seien trotz ihrer Einbindung in die Wohnungseigentümergeinschaft aus formalen Gründen nicht gehindert gewesen, eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung auszusprechen, durfte die Beklagte die geforderte Nachbesserung jedenfalls aus sachlichen Gründen verweigern.

74

Die nachträgliche Anbringung eines mineralischen Kratzputzes würde nämlich einen unverhältnismäßigen Aufwand i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB erfordern. Der Vortrag der Beteiligten im hiesigen Rechtsstreit und die durchgeführte Beweisaufnahme haben zu neuen Beurteilungsgrundlagen geführt, die hinsichtlich der Bewertung der Verhältnismäßigkeit zu einer Abweichung von der im Senatsurteil vom 10.02.2005 (Aktenz. 21 U 94/04) vertretenen Auffassung zwingen. Der Senat kann hinsichtlich dieser für die Entscheidung des Rechtsstreits bedeutsamen Vorfrage nunmehr zu einem anderen Ergebnis kommen, weil die Rechtskraft des im Berufungsverfahren 21 U 94/04 ergangenen Urteils – sollte sie die Parteien des hiesigen Rechtsstreits überhaupt erfassen – diese Vorfrage nicht umfasst.

75

Neben dem im damaligen Rechtsstreit noch nicht gehörten Sachverständigen Dipl.-Ing. X hat nunmehr auch der Sachverständige Prof. Dr.-Ing. H ausgeführt, dass die Gebrauchstauglichkeit des Kunstharzputzes bezogen auf die Wohnungseigentumsanlage, in der sich die den Klägern gehörende Eigentumswohnung befindet, verglichen mit dem in der Baubeschreibung vorgesehenen mineralischen Kratzputz nicht ungünstiger zu beurteilen ist. Klarstellend gegenüber seinem damaligen mündlichen Gutachten hat Prof. Dr.-Ing. H i.e.

76

ausgeführt, dass sich zwar bei Aufkommen des Kunstharzputzes vor einigen Jahrzehnten zunächst große Probleme mit dem Material ergeben haben, dass diese seit einiger Zeit jedoch als gelöst betrachtet werden können. Beide Sachverständige haben überzeugend dargelegt, dass beide Putzarten auf Grund ihres unterschiedlichen Materials verschiedene Eigenschaften haben, dass aber unter Berücksichtigung der jeweiligen Schwächen und Stärken in der Gesamtheit keiner der beiden Baustoffe dem anderen hinsichtlich der Funktionalität als überlegen angesehen werden kann. Beide Putzarten können verschmutzen, wobei sich insoweit beim mineralischen Kratzputz seine große unebene Oberfläche und beim Kunstharzputz seine statische Aufladung und wegen des Bindemittels die Möglichkeit der Anhaftung organischer Stoffe negativ auswirken können. Die konkreten Standortbedingungen der Eigentumsanlage lassen aus technischer Sicht unter diesen Gesichtspunkten die Verwendung beider Putzarten zu. Der Sachverständige Dipl.-Ing. X hat bei einem kürzlich durchgeführten Ortstermin auch keine Verschmutzungserscheinungen feststellen können, durch die sich ein spezielles Risiko des Kunstharzputzes verwirklicht hätte. Das Erscheinungsbild ist vielmehr, wie auch den von dem Sachverständigen und der Beklagten im Senatstermin vorgelegten Fotos zu entnehmen ist, altersgerecht. Soweit im Senatstermin einzelne Risse und Fehler im Bereich der Fensterbänke erörtert worden sind, sind diese nach den Darlegungen beider Sachverständiger nicht systembedingt, sondern stellen Ausführungsfehler dar, die einer Teilsanierung eventuell verbunden mit einem Gesamtanstrich zugänglich sind. Im Übrigen haben die Kläger eine Komplettisanierung nicht wegen einzelner Fehler, sondern wegen der abweichenden Putzart gefordert.

Die Reinigung eines Kunstharzputzes ist nicht häufiger nötig als die eines mineralischen Kratzputzes und ist zudem einfacher, weil ein Hochdruckreiniger eingesetzt werden kann, der die Oberfläche eines mineralischen Kratzputzes angreifen würde. 77

Beide Putzarten sind, wenn auch in unterschiedlicher Weise, gegenüber mechanischen Einwirkungen empfindlich. Während es beim Kunstharzputz eher zu sichtbaren Rissen kommen kann, neigt der mineralische Kratzputz eher zum Abrieb. 78

Letztlich haben beide Sachverständige ausgeführt, dass nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass der Alterungsprozess eines Kunstharzputzes wesentlich schneller verläuft als der eines mineralischen Kratzputzes. Zwar liegen insoweit hinsichtlich der neueren Kunstharzprodukte wegen des Zeitpunkts ihrer Markteinführung, die eine Beobachtung über die Dauer der erwünschten Lebenserwartung noch nicht ermöglichen, letztlich noch keine gänzlich abgesicherten Erkenntnisse vor. Tendenziell kann aber wohl mit einer allenfalls geringfügig schnelleren Alterung gerechnet werden. 79

Als maßgeblicher Unterschied verbleibt somit nur, dass ein mineralischer Kratzputz von den beteiligten Verkehrskreisen und wohl auch allgemein als wertvoller angesehen wird und auch eine andere optische Wirkung haben kann. Die Aufbringung eines solchen Putzes ist nach den Angaben der Sachverständigen auch um ein Drittel bis ein Viertel teurer. Diese Aspekte waren für die Kläger jedoch von allenfalls untergeordneter Bedeutung. Maßgeblich haben sie eine geringere Gebrauchstauglichkeit geltend gemacht, die jedoch gemäß den obigen Ausführungen nicht besteht. 80

Die nachträgliche Anbringung eines mineralischen Kratzputzes allein aus Gründen eines höherwertigen Eindrucks, der sich angesichts der sonstigen Gestaltung der von außen nicht gerade architektonisch feingliedrig wirkenden Anlage nicht wesentlich auswirken könnte, konnte die Beklagte als unverhältnismäßig ablehnen. Der Kostenaufwand wäre unangemessen. Die Kläger haben geltend gemacht, er könne bei Verwendung des sog. ReTec-Verfahrens, also der Verankerung eines zusätzlichen mineralischen Kratzputzes auf 81

dem Kunstharzputz, auf 220.000 € begrenzt werden. Den im Rechtsstreit 21 U 94/04 durch den Senat zugesprochenen Vorschuss von 170.500 € halten sie selbst nicht mehr für auskömmlich. Das ReTec-Verfahren birgt nach der überzeugenden Darstellung beider Sachverständiger jedoch unverantwortbare Risiken, weil die Stabilität der unteren Putzschicht, die an mehreren Stellen zwecks Schaffung von Verankerungspunkten aufgeschnitten werden müsste, beeinträchtigt werden kann. An diesen Verankerungspunkten würde die obere Putzschicht nahezu vollständig lasten, weil beide Putzarten keine kraftschüssige Verbindung miteinander eingehen. Wenn man deshalb vom ReTec-Verfahren absähe und den Kunstharzputz abrisse, ließe sich eine Beschädigung auch der darunter befindlichen Dämmung nicht vermeiden, so dass mit erheblichen Kosten letztlich das gesamte Wärmedämmverbundsystem saniert werden müsste, bevor ein mineralischer Kratzputz aufgetragen werden könnte.

82
Zwar ist dem Unternehmer eine Berufung auf eine Unverhältnismäßigkeit i.S.v. § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB grundsätzlich verwehrt, wenn er bewusst von einer vereinbarten Ausführung wesentlich abgewichen ist (siehe Senatsurteil vom 10.02.2005, Aktz. 21 U 94/04 unter Hinweis z.B. auf BGH BauR 1995, 540, 541). Ausgehend von den neuen Erkenntnissen des Senats zur grundsätzlich gleichen Gebrauchstauglichkeit beider Putzarten kommt diesem Aspekt im hiesigen Rechtsstreit jedoch nicht die Bedeutung zu, die ihm der Senat im Vorschussprozess des Verwalters zuerkannt hat. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass der Beklagten die Abweichung von der Baubeschreibung bewusst war. Dennoch kann ihr kein vorsätzlicher Vertragsverstoß unterstellt werden, da sie sich nach dem Vertragstext gewisse technische Änderungen vorbehalten hatte. Die entsprechenden Klauseln sind zwar nach zwischenzeitlich ergangener Rechtsprechung unwirksam. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Beklagte dies damals bereits ebenso gesehen hat und ihre Vertragspartner übervorteilen wollte.

cc) 83

84
Dass die Beklagte die Nachbesserung zu Recht als unverhältnismäßig abgelehnt hat, führt allerdings noch nicht zwangsläufig dazu, dass die Kläger keinen Schadensersatz nach § 635 BGB beanspruchen können. Vielmehr kann auch eine als unverhältnismäßig endgültig abgelehnte Nachbesserung gemäß § 634 Abs. 2 BGB dazu berechtigen, ohne Einhaltung weiterer Formalien Schadensersatz zu fordern.

Ein solcher Anspruch besteht hier jedoch nicht. 85

86
Ein Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages scheidet gemäß § 634 Abs. 3 BGB zumindest aus sachlichen Gründen aus. Nach dieser Vorschrift, die nicht nur für die Wandlung, sondern auch für den großen Schadensersatz gilt, kommt eine Rückabwicklung eines Vertrages nicht in Betracht, wenn der geltend gemachte Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich beeinträchtigt. Das ist hinsichtlich der abweichenden Putzart der Fall. Wie oben bereits dargelegt, ist der Kunstharzputz ebenso tauglich wie ein mineralischer Kratzputz. Auch der Wert der Wohnung der Kläger ist durch die Verwendung des Kunstharzputzes allenfalls unerheblich gemindert. Der auf der Wärmedämmung aufgebrachte Putz stellt im Verhältnis zu den sonstigen Bauteilen einen ersichtlich untergeordneten Kostenfaktor dar. Auch wenn zwischen beiden Putzarten gemäß den Angaben der Sachverständigen ein Preisunterschied von einem Viertel bis einem Drittel besteht, kann sich dies bezogen auf die Gesamtkosten des Bauwerks nur unwesentlich auswirken. Das äußere Bild des Bauwerks wird bei Berücksichtigung der optischen Gesamterscheinung, wie oben bereits ausgeführt, auch nur unwesentlich tangiert, so dass eine mehr als unerhebliche Wertminderung ausscheidet.

Zwar wird in Rechtsprechung und Literatur vertreten, § 634 Abs. 3 BGB schließe einen Anspruch bei unerheblichen Mängeln dann nicht aus, wenn nicht lediglich ein Fehler gegeben sei, sondern darüber hinaus eine zugesicherte Eigenschaft fehle. Die Verwendung eines anderen Putzes kann jedoch lediglich als Fehler, jedoch nicht als Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft angesehen werden. Es ist nicht ersichtlich, dass es den Beteiligten bei Vertragsschluss auf dieses Ausstattungsmerkmal besonders angekommen ist. Es handelte sich um eine reine Leistungsbeschreibung. Nach dem Gesamtgefüge des Vertrages, der einen Änderungsvorbehalt enthielt, war ersichtlich, dass die Beklagte Ausstattungen nicht zusichern wollte, die funktionell gleichwertig auch anders machbar waren. An dieser erkennbaren Willensrichtung ändert nichts, dass der Änderungsvorbehalt nicht wirksam Vertragsbestandteil geworden ist.	87
b)	88
Auch wegen der Schallschutzproblematik können die Kläger von der Beklagten keine Rückabwicklung des Vertrages nach § 635 BGB verlangen.	89
aa)	90
Diesbezüglich haben die Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 04.03.2005 ohne Verstoß gegen schützenswerte Interessen der Wohnungseigentümergeinschaft und der Beklagten formal zulässig eine Frist mit Ablehnungsandrohung zur Mangelbeseitigung gesetzt. Die Eigentümergeinschaft hat einer vergleichweisen Regelung der Problematik erst später im Januar 2006 zugestimmt. Von der Vereinbarung sind unter Nr. 7 Abs. 2 (Bl. 247 GA) ausdrücklich bis zum 31.12.2005 rechtshängig gemachte Rückabwicklungsansprüche einzelner Eigentümer ausgenommen worden.	91
Die bis zum 30.04.2005 gesetzte Nachbesserungsfrist dürfte unter Berücksichtigung des anzulegenden strengen Maßstabes (siehe BGH NJW 2006, 2254, 2257) auch nicht zu kurz bemessen gewesen sein. Die Aufforderung bezog sich hinsichtlich des Schallschutzes nicht auf die gesamte Anlage, sondern nur auf die Mängel, die sich auf das Sondereigentum der Kläger auswirkten. Zudem wird bei einer zu kurz bemessenen Frist eine angemessene Frist in Gang gesetzt. Selbst für die Sanierung der gesamten Anlage hat die D AG in ihrem Konzept vom 07.02.2005 nur sieben bis zehn Wochen angesetzt.	92
bb)	93
Die Fristsetzung war jedoch in der Sache nicht gerechtfertigt. Die Kläger haben unter ausdrücklicher Bezugnahme auf "die in den Schiedsgutachten vom 20.11.2002, 14.07.2004 und 14.09.2004 festgestellten Mängel" eine Beseitigung der in Bezug auf ihre Eigentumswohnung bestehenden Schallschutzmängel gefordert. In den Schriftstücken vom 14.07. und 14.09.2004 hatte der Sachverständige nicht die Mindestanforderungen der DIN 4109 (89), sondern den erhöhten Schallschutz nach Beiblatt 2 zugrunde gelegt.	94
Die Beklagte schuldete jedoch keinen dermaßen erhöhten Schallschutz. Zwar war auch dem nach der DIN 4109 (89) vorgesehenen normalen Schallschutz nicht genüge getan. Die Beseitigung dieses Mangels hat die Beklagte jedoch stets angeboten (siehe ihre Schreiben vom 15.03.2005, 23.06.2005 sowie an die Kläger gerichtetes Schreiben vom 24.05.2005 und Schreiben der D AG vom 07.02.2005), ohne dass sich die Eigentümer unter Einschluss der Kläger hierauf einlassen wollten.	95

Die Maßgeblichkeit des Beiblattes 2 zur DIN 4109 (89) mit den darin genannten erhöhten Schallschutzanforderungen steht zwischen den Parteien auf Grund der entsprechenden vorprozessualen gutachterlichen Äußerungen des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. H entgegen der Ansicht der Kläger nicht bindend fest. Zwar ist im Dezember 2001 ein Schiedsgutachtervertrag geschlossen worden, nach dem das Ergebnis des einzuholenden Gutachtens verbindlich sein sollte. Dies sollte aber ersichtlich nur für die Beurteilung der damals streitigen technischen Fragen durch den Schiedsgutachter, nicht jedoch für Rechtsfragen, etwa im Hinblick auf die Auslegung der geschlossenen Erwerbsverträge hinsichtlich des Umfangs der geschuldeten Schalldämmung gelten. Zudem ist nicht ersichtlich, dass der Sachverständige über sein erstes Gutachten vom 20.11.2002 hinaus auch die späteren Gutachten, in denen er von den Anforderungen des Beiblattes 2 ausgegangen ist, in Erfüllung des Schiedsgutachtervertrages und nicht nur einseitig auf Veranlassung der Eigentümer erstellt hat. Schließlich hat er im Senatstermin ausgesagt, dass er auf Nachfrage der Eigentümer lediglich unverbindlich darauf habe hinweisen wollen, die Maßgeblichkeit erhöhten Schallschutzes werde seines Wissens von Gerichten teilweise aus einer gehobenen Ausstattung von Wohngebäuden hergeleitet.

Da dieser Äußerung für die Parteien keine Bindungswirkung zukommt, hat der Senat durch Auslegung des von den Parteien geschlossenen Erwerbsvertrages zu ermitteln, welcher Schallschutz geschuldet ist. Ergibt die Vertragsauslegung, dass bestimmte Schalldämm-Maße ausdrücklich vereinbart oder mit der vertraglich geschuldeten Ausführung zu erreichen sind, so ist die Werkleistung unabhängig vom jeweiligen Stand der anerkannten Regeln der Technik mangelhaft, wenn diese Werte nicht erreicht werden. Lassen sich aus dem Vertrag keine bestimmten Anforderungen entnehmen, kann der Erwerber die Vereinbarung grundsätzlich dahin verstehen, dass das Bauwerk dem Stand der anerkannten Regeln der Technik zur Zeit der Abnahme entspricht. Dabei sind nicht unbedingt die DIN-Normen maßgeblich, die keine Rechtsnormen darstellen und die die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben aber auch hinter ihnen zurückbleiben können (BGH BauR 1998, 872; siehe auch Senatsurteil BauR 2001, 1262).

97

In der Baubeschreibung ist hinsichtlich der Schalldämmung auf die DIN 4109 Bezug genommen worden. Dies muss ein Vertragspartner in der Regel dahin verstehen, dass die Mindestanforderungen gemeint sind (siehe OLG Frankfurt BauR 2005, 1327). Die höheren Anforderungen des Beiblattes 2 sollen auch nach dem Text des Beiblattes nur maßgeblich sein, wenn sie über die Mindestanforderungen hinaus vereinbart werden. Etwas anderes ergab sich hier auch nicht aus den Umständen. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die vertraglich geschuldete Bauleistung bei ordnungsgemäßer Ausführung den von den Klägern geforderten erhöhten Schallschutz nach Beiblatt 2 hätte gewährleisten müssen. Im Übrigen hat die Beklagte mit Schreiben vom 23.06.2005 angeboten, die Treppenhäuser gemäß den erhöhten Anforderungen nach Beiblatt 2 und die anderen Bauteile auf Basis der DIN 4109 zu sanieren verbunden mit der Zusage, die Mindestanforderungen auch insoweit deutlich zu übertreffen.

98

Weitergehende Pflichten können über den Wortlaut der Baubeschreibung hinaus auch bei Berücksichtigung des sonstigen Ausstattungsstandards der Eigentumswohnungen nicht als vereinbart angesehen werden. Zwar sind die Wohnungen positiv beworben worden. Wie die im Senatstermin eingesehenen Fotos der Gesamtanlage zeigen, macht sie aber keinen herausgehobenen, exklusiven Eindruck. Auch nach der Darstellung des Sachverständigen Dipl.-Ing. X ist keine Bewertung dahin gerechtfertigt, dass wegen des sonstigen Ausstattungsstandards entgegen den Angaben zum Schallschutz in der Baubeschreibung auf eine besonders hochwertige Schalldämmung geschlossen werden konnte. Selbst wenn der

99

Schallschutz ausdrücklich als "hochwertig" bezeichnet worden wäre, müsste dies im Übrigen nicht ohne weiteres als Vereinbarung der besonderen Anforderungen nach Beiblatt 2 verstanden werden, sondern könnte auch als geringere Überschreitung der Mindestanforderungen auszulegen sein (OLG Frankfurt BauR 2005, 1327).

Eine vertragliche Vereinbarung hinsichtlich der Maßgeblichkeit des Beiblattes 2 kann schließlich nicht daraus hergeleitet werden, dass ein Dipl.-Ing. E gemäß im Senatstermin vom Kläger überreichten Unterlagen für die D AG am 20.10.1995 eine schalltechnische Bearbeitung aufgestellt hat, die auch auf das Beiblatt 2 Bezug nimmt, und diese im Baugenehmigungsverfahren Verwendung gefunden haben soll. Es ist schon nicht dargetan, dass entsprechende Vorgaben dadurch bauordnungsrechtlich vorgeschrieben werden sollten. Erst recht ist, wie im Senatstermin erörtert, nicht ersichtlich, dass der Inhalt der schalltechnischen Bearbeitung den Klägern bekannt war und darüber hinaus die in ihr genannten Vorgaben nach den Umständen zwischen den Parteien privatrechtlich vereinbart worden sind. 100

Soweit die Kläger am Schluss des Senatstermins vom 13.02.2007 erstmals behauptet haben, eine Sanierung der Schallschutzproblematik sei technisch unmöglich, können sie mit diesem bestrittenen Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr gehört werden. Im Übrigen ist die Behauptung auf der Grundlage des bisherigen Aktenstands ersichtlich ins Blaue hinein aufgestellt worden. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob im Falle der Richtigkeit der Behauptung großer Schadensersatz auch ohne eine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung begehrt werden könnte. 101

Den Parteien braucht keine Gelegenheit mehr zur Stellungnahme zu den kurz vor dem Senatstermin überreichten gegnerischen Schriftsätzen gegeben zu werden, weil die Entscheidung des Senats auf diesen Schriftsätzen nicht beruht. Außerdem bestand keine Notwendigkeit, vor einer Entscheidung eine Äußerung der Kläger zum Ergebnis der Beweisaufnahme abzuwarten. Die technischen Fragen sind im Senatstermin ausgiebig mit zwei Sachverständigen erörtert worden, die alle maßgeblichen Probleme nachvollziehbar und überzeugend darstellen und lösen konnten, ohne dass klärungsbedürftige Punkte verblieben sind. Auch die Kläger haben ein Bedürfnis für eine weitere Auseinandersetzung mit technischen Fragen im Anschluss an die Beweisaufnahme nicht dargelegt. 102

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 103

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor, weil die Entscheidung wesentlich auf der Beurteilung technischer Fragen zum Fassadenputz und Schallschutz und nicht auf grundsätzlichen Rechtsfragen bzw. Fragen, die für eine Fortbildung des Rechts oder eine Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung relevant sind, beruht. 104